D. T. I.

THEMA IVRIDICVM

DE

VACVA POSSESSIONE

CONSENSV

MAGNIFICI ICTORVM ORDINIS

SVB PRAESIDIO

DN. FRIEDERICI PHILIPPI

I. V. D.

ET FACVLT. IVRID. SVBSENIORIS

AD DIEM XIII. SEPTEMBRIS ANNO MDCCXIIX.

ERVDITORVM CENSVRAE

SISTIT

M. FRIEDER. ALEXANDER KVNHOLD

GOTHANVS.

LIPSIAE,

RECVSA MDCCXXXXVI.

§. I.

Nullam mihi rationem reddendam eſſe arbitror, quare in hoc, & non in alio themate ingenium exercuerim. Si enim omnium diſſertationum finis non vana gloriola, nec turgida habetur oſtentatio, ſed ſtudium aliis inſerviendi utramque conſtituit paginam; ſub hoc verò diſſertationis meæ rubro, ejusque tractatione multa latitant, quæ & Theoriæ, & praxi lumen accendere poſſint: quem finem inſtituti mei ſi fuero aſſecutus, acquieſco.

§. II.

Perperam quærent ii, quibus evolvere has paginas placuerit, prolixam de poſſeſſione, ejusque Etymologia, Synonymia, Homonymia, & aliis huc non ſpectantibus, tractatum. Nec prolixis interpretum teſtimoniis, eorundemque allegatione ſuperflua, lectorum meorum patientia me abuſurum promitto, averſatus improbum eorum laborem, qui

allegatorum plauſtris ſcriptiunculas ſuas ornare, vel potius onerare ſatagunt, nil ſummorum virorum oculis dignum judicantes, niſi quod pomposis Doctorum nominibus, ſcriptorumque celebrium locis citatis ſplendorem acceperit. Alienus quoque ab eorum ſtudio ſum, qui corpus ſine anima ſiſtunt, ad teſtimonium aliorum provocant, quorum tamen mentem, & rationes, quæ illos hanc, vel aliam amplecti ſententiam ſuaſerint, ignorant.

§. III.

Longe aliud igitur iter ingredior. In quo via regia inceſſiſſe, tutiſſimum erit. Per viam regiam intelligo evidentiam, & ordinem, quibus nil dulcius, nihil ad omnes ideas cum aliis communicandas magis neceſſarium. Quam viam ut ſemper teneam, neve ad devia deflectam, præmiſſa vacuæ poſſeſſionis deſcriptione, flumen diſſertationis meæ in duos dilabetur rivulos, unum Theoriæ, alterum Praxeos: ut uſus hujus materiæ minime vacuæ, ſed multis commodis ſuperbientis, pateat omnibus, qui accuratiori perluſtratione hocce ſpecimen dignabuntur.

§. IV.

Poſſeſſionem vacuam voco *omnem rem*, *quæ ab alterius corporali inſiſtentia*, & *actu inſiſtendi proximo ea ratione libera eſt*, *ut vel apprehenſione*, *vel apprehenſionis fictione juſto modo ad acquirentem transeat.*

§. V.

§. V.

Ne autem a linea quod dicitur, excidam, ſed ut intra cancellos, quibus memetipſum incluſi, me contineam, & ad ſingula ea, quæ hoc loco moveri poſſunt dubia, reſpondeam; ordine ſtrictim, & in transcurſu, non quidem ut res poſtulabat, ſed ingenii tenuitas, & vires patiuntur, de omnibus neceſſaria deguſtabo.

§. VI.

Primo loco proteſtor, mihi non de ejusmodi poſſeſſione, quæ animo, ſuo nomine rem ſibi habendi deſtituta eſt, ſermonem eſſe, neque ad quamlibet poſſeſſionis ſpeciem iſtam, quam præmiſi deſcriptionem extendi poſſe; ſed juſtam poſſeſſionem, eamque, quam leges permittunt, hujus ſolum eſſe loci, nec aliam, quæcunque ſit, præmoneo.

§. VII.

Παράδοξον nonnullis futurum, quod excluſis reliquis poſſeſſionum ſpeciebus, eas, quas mox enarravi, huc pertinere propugnem, facile mihi præſagio; ſed qui rem ipſam & cauſas, cur ita ſentiam, cum judicio expenderit, facile deprehendet, me jure meritoque adſtruere: quod vacua poſſeſſio non niſi ad juſte acquirentem, remque affectione dominii deſiderantem, minime gentium vero ad prædones, ſpoliatores, nudos detentores, eosque qui non ſuo,

ſed alieno nomine rem poſſident, pertineat. *arg. l. 11. C. unde vi.*

§. VIII.

Facile inquies, eſt dixiſſe, difficile vero demonſtraſſe id, quod dixeris. Vera prædicas. Demonſtrabo vero, & quidem paucis. Summa omnium poſſidendi modorum huc redit: corporalium rerum poſſeſſio acquiritur corpore, & animo per *l. 3. ff. de acquir. l. amitt. poſſeſſ.* Illa naturalis corpore, civilis animo retinetur *arg. l. 10. C. de acquir. & retin. poſſeſſ.* Nulla vero poſſeſſio animo ſolo acquiritur. *per verb. fin. §. 5. J. de interd. & l. 3. ff. de acquir. l. amitt. poſſeſſ.* pr. neque obſtat *l. 34. ff. h. pr.* ejusque verba: & ſi animo acquiri poſſeſſio poteſt, nunquid etiam acquiſita eſt? dubitat enim ibidem Ulpianus, dum vero dubitat, neque affirmat, neque negat, ſed ſuſpendit tantum judicium, qua dubitatione præcedente poſtea negat, errantem acquirere poſſe. Hinc concludo, rerum incorporalium non dari poſſeſſionem veram, & proprie ſic dictam, quia corpore, & animo ſimul acquirere easdem non poſſumus, nec vacuæ dici poſſunt, conſequenter de iis hoc loco nihil dicendum, ſed ſilentio prætereunda erunt. Ulterius nemo, niſi is, qui ſuo nomine poſſidet, remque animo ſibi habendi detinet, vere poſſidet, reliqui vero in poſſeſſione eſſe dicuntur *§. 5. J. de interd.* & licet multæ leges, quarum longum catalogum hic inſeruiſſe ſupervacuum puto, poſſidere eos dicant, hoc tamen de poſſeſſione naturali, & nuda detentione,

mini-

minime gentium vero de vera & plenaria possessione accipiendum est; quin imo *l. 1. C. comm. de Usuc.* omnem tollit dubitationem: conductorem non sibi, sed domino possidere, licet rem corporaliter teneat, asserens. Quare reliquos possidendi modos hoc loco tractandos, & explicandos esse, minime arbitratus sum. Quemadmodum quoque excludo injuste possidentes, qui pro prædonibus habentur, nec ullo modo jura ipsis subvenire possunt *l. 7. C. de acquir. & retin. possess.* Utut enim prædones quoque in sua possessione manutenendos esse, jura velint, hoc tamen non accipiendum de manifestis prædonibus, sed de iis, quorum causa nondum a judice est cognita. Omnes igitur, quos enumeravi homines pro idoneis vacuæ possessionis subjectis non habeo, qui corpore quidem interdum, nunquam vero animo evacuatas res occupant, nulla vero possessio amitti potest, nisi corpore, & animo *l. 8. ff. de acquir. l. amitt. possess.* & si non amittitur, neque vacua dici poterit.

§. IX.

Non deerunt, quibus ea, quæ tribus verbis de differentia naturalis, & civilis possessionis dixi, displicebunt, quique forsitan arbitrabuntur, civilem possessionem corpore & animo simul detineri, naturalem vero solo corpore; e quorum numero acutissimus FRANZKIUS *Exercit. 14. qu. 1. n. 25. & 31.* adstruere conatur, eam non esse civilem, & intellectualem possessionem, quæ animo retinetur, alias enim consequens esse, ut discessu naturalis amittatur,

tur, & recessu domini iterum acquiratur; imo si alius ingrediatur rem nostram, & naturalem possessionem apprehendat, duos unam eandemque rem in solidum possidere posse: quæ omnia tamen a mente Jurisconsultorum planissime abhorreant. Ast quis non videt summi acuminis virum argumentis hic pugnasse dialecticis, & persuasoriis, non logicis, & apodicticis. Qua enim ratione menti Jurisconsultorum contrarium sit, discessu naturalem possessionem amitti, recessu vero iterum acquiri, & eandem rem diverso modo a duobus in solidum possideri posse, neque legibus, neque rationibus adæquatis noster demonstravit, & hac ex ratione ab ipso allegatis Doctoribus, Vaudio, Obrecht, & Jasoni fidem habere possum; cum rationibus & legibus, non autoritate pugnandum: mihique semper amici quidem sint viri vere docti, magis tamen amica veritas; hæc vero veritas ex ante allegata *lege 10. C. de acquir. & retin. possess.* elucescit, ejusque verba: nemo ambigit, possessionis duplicem esse rationem: aliam quæ jure consistit, aliam quæ corpore: pro sententia mea pugnant, eamque defendunt.

§. X.

His in genere præmissis, non abs re fore judico, si quid apprehensio significet, quidve apprehensionis fictio, reliquæque voces §. 4. exhibitæ sibi velint, dixero. Apprehensio possessionis duplici procedit modo: vel enim occupo res, quæ sunt nullius, occupo quoque animalia, hostes, res inanimatas, lapillos,

pillos, & cetera, quæ in litore maris ſunt, theſauros quoque abſconditos in viſceribus terræ, vel ædium, vel traditam mihi ab altero accipio poſſeſſionem vacuam, quam corpore quæro, quæ an vacua dici poſſit, quæritur? Ratio dubitandi eſt, quod ante traditionem vacua dici non poteſt: poſt traditionem vero vacua quoque non eſt, ergo plane non vacat. Sed facile deciditur hæc dubitatio, reſpondendo: vacuam eſſe ipſo momento, quo dixit tradens, accipe, & alter nondum corpore, animoque rem amplexus eſt. *l. 3. C. de acquir. & retin. poſſeſſ.* Ut itaque vacuam poſſeſſionem me tenere, indubitate ſcire queam, disquiſitione opus eſt, an alter corpore inſiſtat rei, de qua quæſtio eſt, an vero ſola mente, (quem modum actum inſiſtendi proximum vocavi) eam adhuc teneat; eo enim caſu non conſentiente domino juſtam poſſeſſionem me adipiſci non poſſe, certum eſt, *l. 7. C. de acquir. & retin. poſſ.*

§. XI.

Interdum etiam ſine apprehenſione tranſire poſſeſſionem rerum vacuarum, extra litem eſt. Quod *ex Ordin. Polit. Magdeb. de Anno 1688. C. 44. §. 15. ejusque verbis:*

> **Ordnen, und wollen wir, daß in Zukunft in unſern Hertzogthum Magdeburg der Beſitz, oder Gewehr der Güther, ſie ſeynd liegend, oder fahrend ohne einige leibliche Ergreiffung auf des verſtorbenen Erben in abſteigender**

Linie verfallen, und einen andern, der zu Ergreiffung einer Possess verkommen, und sich in solchen Fall des Besitzes zu nähern unterstehen würde, es zu keinen Vortheil weder in- noch ausserhalb Rechts gedeyen, sondern vielmehr vor eine straffbare That gehalten werden soll.

facile cognoscitur, distinctionis vero, quam serenissimus Legislator inter hæredes defuncti ascendentis, & descendentis lineæ constituit, rationem, intentio restringendi hanc fictionem, absolvet. Ad hæredes a defuncto descendentes ipso jure hæreditatem transferunt verba legis; excluduntur ergo necessario omnes, qui defuncto sunt a latere, quive lineæ rectæ ascendentis puncta constituunt; Ad eos vero de quibus §. 15. loquitur non apprehensa possessio transit, quia fictio apprehensionis imitatur veritatem *d. §. 7. J. de usuc.* uti JCtus Dn. MENCKE *recte judicat. p. 1155. Theor. & Pr. π.* Ceterum regulariter non nisi nova apprehensione transit ad hæredes. *l. 23. ff. de A. v. A. P.* ne suos quidem *l. 1. §. 15. si is qui test. lib.* BERG. *œcon. Jur. P. II. Tit. 6. n. 4.*

§. XII.

Quemadmodum autem casus, quem mox exhibui, ad eos solummodo spectat, qui mox allegato jure utuntur, & apud quos consuetudo, vel lex scripta idem sancivit; sic quoque necessarium duco, ut hoc loco, antequam ad specialiora descendam, quædam

dam dicantur, de diverſis poſſeſſionem aperiendi generibus.

§. XIII.

Derelinquendo poſſeſſio aperitur. Hoc vero ut fieri poſſit, ante omnia requiritur, ut derelinquens ſit dominus *arg. l. 12. C. de acquir. & retin. poſſeſſ.* Quodſi enim alter ſive procurator, vel colonus, vel inquilinus, vel quiſpiam alius, corporaliter nactam poſſeſſionem cujuscunque rei dereliquerit, vel alii prodiderit, deſidia forte, vel dolo, ut locus aperiatur; nihil factis ipſorum domino præjudicii generatur, per ipſiſſima verba *jam alleg. l. 12.* non obſt. *l. 7. ff. de A. v. A. P.* quæ de corporali poſſeſſione, non de ea quæ jure procedit intelligenda eſt. Sive itaque donet, ſive vendat, ſive mecum permutet, ſive mutuum det, ſive alio modo dominum me conſtituat aliquis rei mobilis vel immobilis, ſimulac rem vacuam ſentiam, tuto eam ingredi, & corpore & animo eandem poſſidere mihi licebit, nec me ſolicitum reddere poterit vanus inquietæ poſſeſſionis timor.

§. XIV.

Non omnes vacuam poſſeſſionem apprehendere poſſunt, ſed ii tantum, quibus hoc eſt permiſſum. Inprimis lege, ſerui, natura vero furioſi, & pupilli ab hac poſſidendi facultate arcentur. *l. 1. §. 3. ff. d. A. v. A. P.* & ratio ibidem elegantiſſima datur, quia affectionem tenendi non habent, licet maxime cor-

pore ſuo rem contingant: ſicuti, ſi quis dormienti aliquid in manus ponat. Quod ſi ſimpliciter eſſet accipiendum, certe iniquum foret, pupillorum favorem hac lege iniqua diminui; ſed cum lex noſtra diſtinguat, an pupilli ſint ejusdem ætatis, ut intellectum capiant, hoc eſt intelligant, nec ne: priorique caſu ſine tutoris autoritate pupillos poſſeſſionem acquirere poſſe, poſteriori vero ob defectum requiſiti eſſentialis, intellectus nimirum non poſſe, ſolide demonſtret, non video, quomodo iniquitatis argui queat.

§. XV.

Subjectum vacuæ poſſeſſionis, ſequitur objectum, ſine quo omnis vacuæ poſſeſſionis cognitio admodum obſcura eſt. Si quæras, quales res objectum vacuæ poſſeſſionis efficiant? in promtu reſponſio eſt: omnes res quæ poſſideri poſſunt, a poſſeſſione quoque liberas effici poſſe, quandocunque domino placuerit. Hinc ſequitur, ut res quæ non ſunt in commercio, neque a quoquam apprehendi queant. Ad hanc claſſem regalia principis ratione privatorum referre placet *Excellentiſſ.* BERGER. *in œcon. J. L. II. tit. 6. §.* 2. ſed aſſequi non poſſum, an de omnibus regalibus, an vero de majoribus ſolum id acceptum velit magnus ille juſtitiæ ſacerdos. Poſterius menti ipſius magis conſonum eſſe judico. Quodſi enim perpendo, principem jure donationis, venditionis, & alio modo jura iſta minora, & majeſtati non adeo firmis nexibus cohærentia, in privatos trans-

transferre posse; nullus dubito de majoribus regalibus accipiendum esse mox allegatum illustris Bergeri locum. Et hac in re magnum suo tempore JCtum CASP. ZIEGL. in suo, quem de jure Majestatis scripsit, aureo libro *L. 1. c. 3. §. 28.* mecum consentientem deprehendo. Ad majora ille regalia refert potestatem legislatoriam, constituendi magistratus, jus belli, jus extremæ provocationis &c. quæ mere regalia, personalissima, ipsi coronæ annexa, sacra sacrorum, reservata principis vocat, & hæc nullo modo separari a Majestate, aut præscribi; minora vero facilius communicari posse privatis affirmat.

§. XVI.

Ad res quæ extra patrimonium nostrum sunt, referunt quidam magnum illud mare, quod a velocitate fluendi oceanus Græcis appellatur. Et inprimis inter alios eminet hujus sententiæ insignis defensor celeberrimus ille HVGO GROTIVS, qui superiori seculo tractatu de mari libero conscripto, in favorem præcipue Batavorum eo tempore ad Indos navigare inchoantium, contra Lusitanorum prohibitionem demonstrare voluit, magnum oceanum in nullius esse dominio. Quem impugnavit IO. SELDENVS, ejusque mari libero opposuit, multisque undique conquisitis argumentis omni jure dominium maris competere, & præcipue Regi magnæ Britanniæ, cui mirum in modum blanditur, maris, quod magnæ Britanniæ occiduum est, maris itidem Scotici, orientalis, & septentrionalis dominium vindicare

magno eruditionis apparatu ausus est. Utraque sententia suos invenit defensores, utraque hostes experta est infensissimos. Hinc acerrime concertatum est inter partes, pro HVGONE GROTIO pugnantibus PONTANO, STYPMANNO, GRASWINCKELIO, SCHOKIO, aliisque, eos vero confutante JO. STRAVCHIO, *Tract. de Imper. mar. c. 2. §. 5. & 6.* cui iterum contradixit VLRICVS HVBERVS *Lib. 4. digress. c. 13. & seqq.* Si ingenue fatendum quod res est, & Grotiana, & Seldeniana sententia suos patitur defectus. H. Grotius assertionem liberi maris in eo fundat, quod natura ipsa velit usum maris omnibus patere, idque in numero earum rerum esse quæ in commercio non sunt, hoc est, quæ proprii juris fieri non possunt; cujus rei demonstrandæ causa ad Poëtarum, scriptorumque latinorum, Legumque civilium testimonia provocat, & non de mari interiore, sed de magno oceano disputat, istum a Lusitanis occupari non potuisse, licet imaginem aliquam dominii præferat quævis injusta detentio; primarium illis deesse dominii requisitum, corporis ad corpus adjunctionem: hinc mundum dividere eos non valuisse, sed imaginariam limitum suorum posuisse lineam. Mare enim cum sit incomprehensibile, non minus quam aër, nullius populi bonis potuisse applicari. JO. SELDENVS e contrario omni distinctione, inter maria interna & externa, minora, & magnum istud, sublata, legibusque Justinianeis quæ pro contraria sententia militabant, rejectis, multis testimoniorum, & rationum partim probabilium, partim nulla ratione nitentium cumu-

lis,

lis, mare dominii privati capax esse asserere voluit. Hac in re media sententia mihi arridet, qua ex mente Legum & inprimis *§. 1. J. de R. D. l. 4. ff. eod. l. 13. ff. commun. præd.* mare ad res jure naturæ communes, quas ipsa natura sic in medio reliquit, ut unusquisque hominum eas occupare, & occupando quoad usum, non vero quoad proprietatem suas facere possit refertur, nostris autem moribus in dominio principum quodammodo esse statuitur.

§. XVII.

Quod reliquas res concernit, communes nimirum, publicas, universitatis, quæ humani juris sunt: & res sacras, sanctas, & religiosas, quæ nullius in bonis esse dicuntur, quia divini juris sunt *§. 7. J. de R. D.* quin etiam res hæreditarias, quæ licet humani juris sint: attamen antequam aliquis hæres existat nullius in bonis sunt *l. 1. ff. de R. D.* eæ omnes, exceptis solis rebus, quæ divini juris sunt, *§. 7. J. de R. D.* vacuæ possessionis objectum licet diverso modo constituunt. Per transennam hic annotandum esse opinor, valde dubium mihi videri: an autoritas §. 7. nostris moribus quoque obtineat, & an res divinæ nullius in commercio existant. Quamvis enim ambabus largiar manibus, res sacras, locaque sacra, quæ publice, non privatim, Deo sunt consecrata *l. 9. ff. de R. D.* quorsum argumento dictæ legis & *l. 6. §. 3. ff. eod.* refero templa, quæque iis includuntur subsellia, altaria, calices, vestes sacras & reliqua, quæ immediate usui sacro inserviunt, neminis in bonis esse; utut

ut in causa redemptionis captivorum, &c. alienari possint *§. 8. J. de R. D.* attamen de rebus sanctis, & religiosis idem simpliciter affirmare non possum, & inprimis in eo hæreo, quod hodie videam jus inferendi mortuos in locum religiosum esse in commercio, ipsaque loca religiosa, ad quæ referuntur quoque Cenotaphia *l. 6. ff. §. 5. de R. D.* ab ecclesiarum præpositis vendi, & interdum cum qualitate jus inferendi, ad hæredes transferendi, concedi. Res sanctæ vero, in principum bonis extare videntur, quia itidem in commercio sunt. Quis enim nescit non solum agros, villasque, sed totas civitates, quin magna territoria, Principatus, & regna vendi, vel alio jure ad alios transferri posse; quis vero dubitaret vendita & tradita civitate, simul muros portasque vendi, & traditione secuta dominio accipientis subesse.

§. XVIII.

Ostendi huc usque, quænam possessio vacua dici possit, explicavi quoque, circa quasnam res vacua versetur possessio; disserui etiam de iis personis, quibus vacuam ingredi possessionem liceat; sed cum hæc ad qualem qualem thematis cognitionem non sufficiant, & inprimis ea, quæ de diversa, possessionem vacuam constituendi, ratione dicenda sunt, adhuc desiderentur; curabo, ne hac in parte manca, atque mutila, non dicam vacua videatur speciminis mei tractatio. Duplici modo ea, quæ mox dicturus sum, considerari possunt: aut enim de possessione *rei allo-*

allodialis sermo est, aut *rei feudalis*. Utraque quod nostram quæstionem concernit, quædam invicem habet communia, quædam toto cœlo discrepantia. Possessionis allodialis secundum cujuslibet civitatis placita potens fieri possum: quemadmodum e contrario possessionem feudi secundum leges, vel consuetudines feudales ab antecessoris insistentia liberam, meam facio. Illa vacua constituitur vel volente domino, vel invito. Prius accidit, quando cujusdam rei dominus, pacto, vel contractu, vel donatione, vel ultima voluntate, ad alium transfert rem a seipso possessam, quam priusquam alter apprehendat, vacuam fuisse, necessario oportet; simili ratione rerum derelictarum & proprietas, & possessio occupantibus cedit: cujus rei elegans exemplum extat in *§. 46. J. de R. D.* desumtum a missilibus quæ prætores jactant in vulgus; res vero pro derelicto habita, est, quam dominus ea mente abjecit, ut eam in rerum suarum numero esse nolit, ideoque statim dominus ejus esse desinit *§. 47. J. eod.* Posterius fieri assolet, quando ob delictum perpetratum delinquens possessione cadit, quæ postea vel fisco, vel etiam læsis applicatur; simili modo, quando bona illius, contra quem creditores concurrerunt, sub hasta invito licet debitore venduntur. Interdum etiam ambiguum est, num volente, an vero invito domino res vacua fiat; hoc evenire potest, si mors rerum possessores sive nolentes, sive volentes ab illis discedere, omniaque relinquere jusserit. Hujus autem nimirum *possessionis rei feudalis* longe alia facies est; adeo ut valde dubitem, an eo sensu, quo supra

vacuam exhibui possessionem, vacua rerum feudalium possessio unquam fuerit. Sive enim considerem, dominium vasalli tam arctis limitibus esse circumscriptum, ut plane domini appellatione indignus haberi possit; sive ex altera parte domini directi jura penitius inspiciam; incongrua certe videri posset comparatio inter possessorem feudi & allodii: ast his non obstantibus, quis ei, qui plenissime re aliqua uti, de eadem disponere, eandem vendere, donare, utut domino directo consentiente, potest, dominium, & possessionem denegare possit, non assequor; & si hoc addam, hodie confirmationem contractuum, & quarumlibet fere alienationum esse necessariam, faciliori modo concedere possum, ea quæ §. 4. dixi, ad feuda quoque recte applicari. Feuda omnia aperiuntur pacto, contractu, & delicto, quibus adde mortem vasalli; acquiruntur vero investitura, & successione, uti vult *Obertus de Orto. Feud. L. II. tit.* 2. quibus accedit delictum Vasalli; scilicet felonia (qua tamen voce non utitur) vel ingratitudo cujus ipse decem causas *L. 2. tit. 24.* recenset, ex quibus feuda amittantur, & necessario domino acquirantur. Præcipue autem notandum, quod quemadmodum possesio allodii, & feudi multum discrepat; sic quoque in hoc, quod vel leviuscule delinquens in dominum Vasallus feudo cadit, quod testatur severitas Lotharii, qui, ut beneficiis privarentur milites, qui sine consensu dominorum beneficia alienaverant, edictali lege *L. 2. feud. tit. 52. inserta*, sancivit, quam Lotharii legem Obertus *eod. libro tit. 24. in fin.* ad omne beneficium Imperatoris extendit,

&

& rationem addit, quia alienans, dominum contemnere videtur, B. SAM. STRYK. *in E. J. F. c. 23. §. 19.* Teſtatur quoque ea de re textus *1. feud. 5.* verbis: aut cum ea (domini uxore) turpiter luſerit, quæ de oſculo luxurioſo, & amplexu ſive contrectatione libidinoſa interpretantur, STRYK. *Ex. J. F. c. 23. §. 15.* & STRUV. *Syntagm. J. F. c. 15. §. 9. in annotat.* Cum e contrario nulla niſi enormia delicta jure civili poſſeſſores bonis ſuis privent.

§. XIX.

Conſideratis nunc iis, quæ ad vacuæ poſſesſionis materiam theoretice ſpectatam, pertinent: tempus eſt, ut de uſu hujus thematis practico pauca adjiciam. Occupabunt hunc locum controverſiæ, quæ reſpectu vacuæ poſſesſionis quotidie fere moventur, quæque motæ judicum patientiam, partium litigantium burſas, & cauſæ patronorum ingenia mirum in modum exercent; iſtorum locos communes animadverſionibus caſuum notatu dignorum replent, illorum marſupia evacuant, horum vero arcas, ciſtasque gravidas reddunt.

§ XX.

Ex utroque proceſſu, tam petitorio quam poſſeſſorio quoſdam floſculos decerpturus, religioni mihi non duco confinia utriusque proceſſus tangere, utut adeo diſtincta ſint, ut uno finito, demum alter incipere ſoleat. Differentia vero ſpecifica proceſſus

petitorii, & possessorii hæc est, quod in controversiis de possessione vel quasi possessione motis, tantum quæratur, & causa cognita pronuncietur, uter possideat, in petitorio vero de proprietate litigetur, per *l. 35. ff. de usurp. & usuc.* Hinc prima fronte inspicienti legem *12. ff. de A. vel A. P.* valde dubium videbitur; an semel instituto petitorio, transilire lineas, & mutatis vicibus possessorio agere liceat; sed cum verba legis interdictum uti possidetis ei non denegari velint, qui cœpit rem vindicare; lexque elegantem addat rationem: non videri possessioni renuntiasse, qui rem vindicavit, expediti juris est, inchoato petitorio processu mutare libellum posse actorem, & remedio possessorio longe commodius acturum. Quod etiam jure Saxonico abrogatum non est, & verba *Decis. Elect. 13.* init. **Daß das** Possessorium, **und** Petitorium **nicht in einander vermenget werden soll,** de quæstione solummodo: an instituto possessorio in petitorio quoque cognosci licitum sit, sunt accipienda, legi vero nostræ nullo modo officiunt.

§. XXI.

Ut propius ad scopum accedam, inter innumeras, quæ ratione mei thematis ventilari possunt, & ventilata sunt, & ventilantur forsitan quotidie, quæstiones; quasdam, quæ mihi ad rem pertinentes videbuntur, oculis, & judicio lectorum meorum sistam. Insignis quæstio est: an licitator, cui adjudicata domus, ob æs alienum, & hinc ortum concursum Cre-

ditorum ſub haſta vendita, priusquam ipſi poſſesſio ſimpliciter, & ab omni omnino poſſeſſore vacua tradatur, actione emti conveniri, & ad id ut pretium ſolvat jure adigi poſſit. In hac re pro utraque, tam affirmativa, quam negativa ſententia militant rationes, quæ illuſtria ſcabinorum Lipſienſium, & JCtorum Witebergenſium Dicaſteria ad id compulerunt, ut ratione Domus Melberianæ, Anno 1703. Nivopoli ſub haſta venditæ, de jure quæſiti, diverſimode reſponderent. Non mihi mens eſt, fidelem Reſponſi Wittebergenſis translatorem hic agere, prolixisque rationum dubitandi, & decidendi enarrationibus vacuas opplere paginas, ſed paucis rationum nervum ponderaſſe, contentus ero. Sententiæ negativæ favet præcipue, quod ſubhaſtatio ſit ſpecies emtionis, in hoc contractu vero nemo poteſt contra alterum experiri, quam facto ex parte actoris inplemento, & antequam vacua poſſesſio tradatur, quæ non intelligitur, ſi alius in poſſesſione eſt, aut creditores bona poſſident. *l. 2. §. 1. ff. de Contr. E. V.* & rem ſemper reus adverſus petentem exceptione uti posſit ſi res tradita fuerit, tunc ſolvam *l. 25. ff. eod.* Hinc Dominorum Wittebergenſium ſententiam amplector, qui licitatorem, priusquam domus tradatur, neque actione emti conveniri, neque ad id compelli poſſe, ut apud judicem pretium deponat, recte cenſuerunt. Diſſentientium Dominorum Scabinorum forſitan rationes fuerunt, quod naturæ contractus emti venditi conveniat, omne periculum & damnum apud ementem traditione nondum ſecuta manere, & debitori, qui a curſu uſurarum ſeſe li-

 berum

berum præſtare vult, incumbere, ut ſortem apud judicem deponat, *vi Deciſ. Elector.* 27. ſed minus recte infertur, damnum manet penes emtorem, traditione nondum ſecuta; ergo tenetur licitator, ut ſolvat, priusquam is, cujus domus ſub haſta maximum pretium offerenti venditur, domum evacuaverit: neque deciſio Electoralis, quæ prohibet, ne debitor creditori ſolvat, huc recte applicatur.

§. XXII.

Quid vero de debitorum aufugientium bonis dicendum ſit, an pro vacuis habenda ſint, nec ne, in ambiguo eſt. Hæc ambiguitas autem diſtinctione adhibita corruit. Aut debitores relinquunt bona animo nunquam revertendi, quod fieri ſolet a mercatoribus, vel dolo, vel culpa, vel caſu denique fallentibus; aut cedunt bona debitoribus: aut tandem timore carceris, juris cambialis rigore in moroſos debitores paratisſimi, aufugiunt quidem & ſic poſſesſionem corpore amittunt, animo vero retinent. Primo & ſecundo caſu poſſesſio omnino pro vacua habenda eſt; tertio vero pro vacua haberi nequit. Utut autem bona debitorum, res ſuas & corpore, & intellectu ſive animo derelinquentium, libera ſint a poſſesſione: minime tamen gentium cuilibet occupanti cedent; adeo, ut ne quidem creditor poſſesſionem apprehendens in bonis fugitivi debitoris, antequam per ſententiam immisſio decreta, jus reale nanciſcatur, uti Scabini Lipſienſes M. Febr. 1690. an L. Zacharias Hügeln reſponderunt referente B. Ri-

VINO

VINO *Enunc. jur. ad Ordinat. Proc. Saxon. Tit. 47. Enunc. 5.*

§. XXIII.

Inter alia, quæ de vacua poſſesſione moveri posſunt litigia ea, quæ de ſpolio moventur, notatu ſunt dignisſima. Hic præcipue quæritur, an ſpoliator quoque in poſſesſione a judice ſit tenendus. Favet ſpoliantibus *art. 24. l. 1.* **des Land-Rechts**: ejusque verba: **man ſoll niemand aus ſeiner Gewehr weiſſen, ob er gleich mit Unrecht darein kommen wäre.** Id quod in omnibus poſſeſſoriis fere uſuvenit, ubi ſolummodo actus posſidendi conſideratur, & nulla poſſesſionis cauſa exploratur, nec inſpicitur juſtitia poſſeſſoris, ſed vera, & naturalis inſiſtentia, teſte ZIEGLER. *Concl. 1. n. 58. ſeqq.* Maximo odio perſequitur ſpoliantes Jus Canonicum, hocque quotidiana praxi approbatum repugnat antea dictis, & ſpoliatum ante omnia eſſe reſtituendum ipſa æquitate, non cerebrina, ſed naturali id dictitante, jubet, atque conſtituit. Spoliator autem eſt, qui aliquem de poſſesſione rei corporalis immobilis ſive ipſe, ſive per alium hoc fecerit, etiam per judicem, juris ordine prætermiſſo cognoſcentem violenter ejicit, vel clam poſſesſionem intrat. *C. item cum quis C. conquerente. C. in literis tuis.* & *C. ſæpe X. de reſtit. ſpoliat.* Hinc emtor fundi, ab alio jure conductionis, adjecta clauſula conſtituti poſſeſſorii, poſſesſi, ſpolium committit, ſi, priusquam conductori ſatisfactum eſt, a judice decreto exmiſſionis impetrato, cauſa poſſesſionis

ſionis nondum cognita, conductorem dejecerit; & proinde ad reſtitutionem ſpolii cum refuſione expenſarum, fructuum perceptorum, omniſque damni, & lucri ſive velit, ſive nolit, jure meritoque compellitur. Simplex vero conductor, qui clauſula conſtituti poſſeſſorii (quæ continet pactum, quo dominus promittit, ſe rem ſuam deinceps non ſuo, ſed alterius nomine poſſeſſurum *l. 18. ff. de A. l. A. P.*) ſibi non proſpexit, emtori cedere locum tenetur, idque *l. 9. C. de loc. & cond.* ejusque verba: emtorem quidem fundi neceſſe non eſt, ſtare colono, cui prior Dominus locavit; niſi ea lege emit, & ex hac lege ortum proverbium: **Kauff hebt die Miethe auff,** evincunt. Quo actionis genere vero emtori contra conductorem experiundum ſit, non convenit inter omnes: quibusdam plane nullam emtori dari actionem mordicus defendentibus; aliis condictione ex *l. 9. C.* expelli poſſe conductorem contendentibus: GOTHOFREDO *ad l. 3. C. de loc. cond. verb. expelli.* jure Gallico implorationem officii judicis ſuppeditante. Quam GOTHOFREDI ſententiam multis rationibus corroboratam eſſe, judico. Quid enim planius: emtor expellere poteſt conductorem; non vero datur ipſi actio realis, rei ſcilicet vindicatio; quia non accipit dominium niſi tradita vacua poſſeſſione *l. 2. §. 1. ff. de act. emt.* neque actio ex contractu, quia inter ipſum & conductorem nullus interceſſit contractus: multo minus remedia poſſeſſoria retinendæ, vel recuperandæ poſſeſſionis *ex l. 12. 18. ff. de vi & vi armat. l. 10. C. unde vi* locum habere poſſunt; quia emtor nondum apprehendit poſſeſſionem civi-

civilem, neque de turbatione hic quæritur. Ergo nulla ſupererit actio quam condictio ex lege, vel imploratio officii judicis, prout in ſimili caſu novisſime reſpondit Fac. Jur. Lipſ. Menſe Auguſto 1718. Cujus Reſponſi verba, ut circumſtantiæ tanto exactius intelligantur, integre communicabo.

P. P.

Hat Hieronymus ſein Pferdner-Guth Salluſtio auf 3. Jahr, jedes Jahr vor 100. Rthlr. verpachtet, nach Ablauff aber des erſten Pacht-Jahres daſſelbe an Sempronium vor 1000. Rthlr. verkaufft, und will Salluſtius, ungeachtet daß Er in daſſelbe nichts verbauet, weniger Er das Jus retentionis zu exerciren vermag, Kauffern es nicht einräumen, dahero iſt Sempronius willens, Klage wider Ihn, zu Einräumung des Guthes, zu erheben, und fällt Zweiffel vor, was vor eine actio dießfalls anzuſtellen ſey? Ob nun wohl der bloße Kauff zwiſchen Hieronymum und Sempronium wegen des Pferdner Guthes geſchloſſen worden, welcher Contract den Pachter nicht obligiret, maßen Er nicht mit darzu gezogen worden, noch, daß Er ſich ſeines Pacht Rechtes begeben hätte, zu befinden, maßen dem Käuffer wider den Verkäuffer actio perſonalis emti zuſtehet, welche contra tertium nicht ſtatt hat, hiernächſt dem Käuffer von Verkäuffern das Guth nicht eingeräumet, noch in Lehn und Würden gegeben worden, folg-

lich rei vindicatio nicht angestellet werden mag, gestalt Käuffer annoch kein Jus reale erlanget, woraus angeregte rei vindicatio entstehet, auch das remedium possessorium retinendæ vel recuperandæ possessionis. *ex l. 12. 18. ff. de vi & vi armat. l. 10. C. unde vi*, nicht zugelassen werden kan, maßen der Käuffer niemahls possessionem civilem ex titulo emtionis venditionis ergriffen, welcher die detentio, die der Pachter Sallustius vorschützen möchte, allerdings weichen müste, gestalt angeregtes remedium possessionis recuperandæ vel retinendæ auf die Possess, die man gehabt, oder die so man hat, und darinnen turbiret wird, gerichtet, allhier nicht statt findet, dannenhero daß der Käuffer Sempronius wider den Pachter keine Action anstellen könte, es das Ansehen gewinnet;

Dennoch aber und dieweil der Käuffer durch den richtig geschehenen Kauff nach denen Rechten also bald das periculum wegen des gekaufften Stückes über sich nehmen muß, hingegen auch die fructus zu heben hat, folglich Er hierüber ein besser Recht, als der Conductor hat, erlanget, und also die gemeine Regul allhier, daß Kauff vor Miethe gehet, statt findet, auch dem Käuffer disfalls der *l. 9. C. de Loc. Cond.* zu statten kommt, wodurch Ihme nachgelassen, den Pachter des Pachtes, vermittelst gerichtlicher Hülffe, zu entsetzen.

So

So mag, gestalten Sachen nach, der Käuffer wider den Pachter implorationem officii Judicis Inhalts des *l. 9. C. de Loc. Cond.* wohl anstellen. Von Rechtswegen.

Ejusmodi imploratio hunc in modum concipi posset:

P. P.

Aus dem in forma vidimata beygelegten Kauff-Contract werden E. H. E. mit mehrern ersehen, was gestalt Pomponius sein Erb-Guth zu Nicopoli an mich vor 4000. Reichs-Thaler verkauffet, auch das Kauff-Pretium schon von mir erhalten. Da aber Carpophorus, welchen Pomponius das Guth vor 2. Jahren verpachtet, unter dem nichtigen Vorwand, die Pacht-Zeit sey noch nicht verflossen, gemeldtes Guth in Güte nicht räumen will; gleichwohl mir nach der bekandten Rechts-Regul: Kauff hebt Miethe auf, unstreitig zu weichen verbunden ist, so finde ich mich gemüßiget, E. H. E. gehorsamst zu imploriren:

Carpophoro anzubefehlen, daß er aus dem Guthe zu Nicopoli mit seiner Familie, und allen Mobilien weichen, und mir solches völlig räumen solle.

Alldieweilen dieses mein Suchen in dem bekandten *l. 9. C. locat. & Cond.* gegründet; als

D 2 zweiffle

zweiffle nicht an hochgeneigter Deferirung, und verharre ꝛc.

Victorinus.

§. XXIV.

Ad illustrandum præcedentem §. totamque dissertationem, ejusque fundamentum magis corroborandum, multum facit disquisitio quæstionis: an pro spoliatore habendus sit hæres, qui, domum, cujus hæreditas nondum adita est, sub prætenso competentis sibi portionis certæ titulo occupantem, confestim autoritate magistratus iterum dejicit? negativam sententiam hic eo libentius amplector, quo certius est, pari ratione eum, qui vacuam possessionem absentium sine judiciali sententia detinet, pro prædone haberi *l. 11. C. unde vi.* quum hunc, qui propria autoritate in præjudicium hæredis possessionem hæreditatis vacuæ apprehendit. Ex qua lege patet, vacuam possessionem apprehendi non posse, nisi præcedat justa causa: cum vero titulus desit prædoni, & propria autoritate hæreditatem occupantes invasores dicantur *l. 25. ff. de hæred. petit.* idque quod dicitur, spoliatorem quoque esse in possessione tenendum, de eo casu accipiendum sit, si quis prædonem vi armata dejecerit STRVV. *exerc. 45. th. 109.* Spoliator non potest dici is, qui ejusmodi prædonem dejicit. Eundem in modum sententiam tulit Fac. Jurid. Lips. in causa L. M. contra A. L. cujus sententiæ rationes decidendi, ob casus raritatem, integras, omissis tantum allegatis actorum foliis, aliisque huc non spectantibus his inserere placuit.

Ratio-

Rationes decidendi.

Obwohl Beklagter vorgiebet, daß er bey Absterben seiner Schwieger-Mutter D. Z. Inhalts des darüber aufgerichteten Notarii Instruments in ihren Hause die, wegen seiner verstorbenen Frauen noch zurückgebliebenen Vatertheils erledigte Possess ergriffen, unterschiedene Logimenter, und Behältnisse obsigniret, Kläger hingegen hierauf zugefahren, und resigniret, auch nunmehro das Hauß gar an einen andern verkauffet, und sie ihn der Possess entsetzet, deswegen er in termino exceptionem spolii opponiret, und vermeynet, daß ehe, und bevor er völlig restituirt sey, der Klägerin Suchen nicht statt hätte.

D. a. u. D. Beklagtens Ehe-Weib ohne Kinder verstorben, Beklagter also kein Befugniß der Possess seiner Schwieger-Mutter Haußes anzumassen vor sich gehabt, und dißfalls nach Anleitung des *L. 11. C. unde vi.* in præjudicium der Klägerin als der verstorbenen Mutter leiblichen Tochter, die Possess nicht ergreiffen mögen, immaßen sie denn auch von der Obrigkeit hierinnen geschützet, und von derselben die Siegel wieder abgenommen worden, Beklagten also hierdurch nicht entzogen, noch er durch dieses factum spoliiret ist. So ist rc.

§. XXV.

Hæc ſunt quæ de poſſesſione vacua chartæ mandanda eſſe judicavi. Fateor equidem me immenſum hujus materiæ æquor exhaurire non valuiſſe, cum arcti diſſertationis limites hoc non patiantur; attamen quia malui paucis multa, quam multis pauca exhibere: quilibet æquus diſſertationis meæ arbiter hocce meum ſpecimen non ex plagarum numero, neque verborum multitudine ſed intentionis integritate metietur.